

OM ATTERHALD I KOMMERSIELLE KONTRAKTAR, OG SPESIELT OM ATTERHALD FOR FINANSIERING

Kandidatnr.: 168314

Rettleiar: Hilde Hauge

Leveringsfrist: 2. juni 2009 kl. 14.00

Til saman 14.284 ord

Dato: 22.05.2009

Innhald

1. Emnet.....	3
1.1. Presisering av emnet.....	3
1.1.1. Atterhald som problem.....	3
1.1.2. Avgrensingar av oppgåva og presisering av omgrep.....	4
1.1.3. Utviklingsdrag som gjer problemet særleg relevant.....	5
1.1.4. Tolking, utfylling og rettskjeldebruk.....	6
1.2. Høvet til brestande føresetnader og avtalelova § 36.....	8
1.3. Vegen vidare.....	9
2. Finansieringsatterhald.....	9
2.1. Formgjeving av atterhald.....	9
2.2. Atterhaldet sin innverknad på avtala si gjennomføring.....	10
2.3. Konsekvensane av kven som tek finansieringsatterhaldet.....	11
2.4. Om finansieringsatterhaldet fell bort eller vert gitt avkall på.....	15
2.4.1. Innleiing.....	15
2.4.2. Om finansieringsatterhald fremja i eit bod fell bort når endeleg kontrakt vert underteikna.....	15
2.4.3. Avkall på atterhald.....	17
2.5. Spørsmålet om der er frist for å skaffe finansiering.....	19
2.6. Plikter for den som tek finansieringsatterhald.....	21
2.6.1. Allmenn lojalitetsplikt.....	22

2.6.2. Informasjonsplikt.....	22
2.6.3. Aktivitetsplikt.....	25
2.6.4. Plikt til å godta akseptable tilbud om finansiering.....	27
2.7. Om verknaden av at den eine parten har byrja oppfyllinga av kontrakten før vilkåra i finansieringsatterhaldet er oppfylt.....	30
3. Erstatning for at ein part trer ut av kontrakten etter å ha gjort finansieringsatterhaldet gjeldande.....	31
3.1. Innleiing.....	31
3.2. Der finansiering ikkje kan skaffast etter ærlege og lojale forsøk.....	32
3.3. Der finansiering ikkje kan skaffast, og parten ikkje har vore lojal og gjort sitt beste for å få finansiering.....	34
3.4. Om kva som kan erstattast.....	35
4. Overføringsverdien frå finansieringsatterhald til andre typar atterhald.....	38
5. Litteraturliste.....	40

1. Emnet

1.1. Presisering av emnet

1.1.1. Atterhald som problem

Avtalefridomen er eitt av dei grunnleggjande prinsippa i norsk rett. Hovudregelen er at ei kontrakt kan inngåast på ein kvar måte som viser at partane har vorte samde.¹ I kommersielle høve er lovreglane om innhaldet i ei avtale i hovudsak deklarasjonar, noko som gjer at dei kjem til bruk berre der partane ikkje har avtala noko anna.² Atterhald er i dei fleste tilfelle ikkje regulert i lov.

Atterhald er eit verktøy for å oppnå ulike mål. Det kan til dømes knytast til slikt som styregodkjenning, finansiering, endringar i tariffar, og råvareprisar. Ein kontraktspart kan gjennom eit atterhald få til dømes ein rett til å fristille seg, eller til å tinge vilkår på nytt.³ Skreddarsydde reguleringar gjev høve til å finne fleksible løysingar. Atterhald kan knytast til to ulike stadie. Det kan vere eit verktøy i tingingane fram til avtale er slutta, eller det kan vere teke inn som ein klausul i sjølve kontrakten. I prosessen fram til avtaleslutning går ein ofte frå lause samtalar, til tinging av vilkår, og meir konkrete tilbod og akseptar. Prosessen er fleksibel, og gjev stort handlingsrom. På dette stadiet kan det oppstå spørsmål om når ein part er bunden. Høgsterett har slått fast fleire gonger at partane er bundne der dei er samde om dei vesentlege punkta i ei avtale.⁴ Munnlege avtaler er òg bindande der ikkje noko anna fyl av lov, avtale, eller er føresett mellom partane.⁵ Det er truleg eit sprik mellom rettsoppfatningar her, slik at næringsdrivande trur dei kan tinge lengre, og samtidig vere ubundne, enn det domstolane legg til grunn.⁶ Partane bør difor gjere synleg for kvarandre kva vilkår dei tingar på, og med kva atterhald tilboda og akseptane gjeld med. Dette er dei prekontraktelle atterhalda. I tingingane kan atterhald skape tryggleik ved å vere ei ramme for når ein er bunden, men

¹ Jf. Knoph s. 224.

² Sjå Giertsen s. 16.

³ Sjå Krüger s. 698-699.

⁴ Jf. Rt. 1987 s. 1205, Rt. 1991 s. 1171, Rt. 1996 s. 415, Rt. 1998 s. 946.

⁵ Jf. Rt. 1998 s. 946 på s. 958.

⁶ Sjå Ryssdal s.128.

og ei uvisse for om det vert inngått noko kontrakt. Vilkåra i prekontraktuelle atterhald er naudsynte, men ikkje tilstrekkelege vilkår for binding. Dei same synspunkta kan langt på veg gjerast gjeldande der atterhaldet er gjort til del av kontrakten. Misbruk på dette stadiet kan oppstå der ein part ser at han får dårleg utbytte av avtala, og illojalt framstiller situasjonen sin slik at han kan frigjere seg frå kontrakten ved hjelp av atterhaldet. Dei illojale handlingane kan og vise seg der ein part har teke atterhald for finansiering i ei kontrakt, for så å gå til ein finansieringsinstitusjon for å få lån. I møtet med denne institusjonen kan parten opptre på ein måte som er akseptabel overfor finansieringsinstitusjonen, men som ikkje er lojalt mot medkontrahenten.

1.1.2. Avgrensingar av oppgåva og presisering av omgrep

Det er den sistnemnde situasjonen, der atterhaldet er gjort til del av kontrakten eg skal analysere. Oppgåva er dermed avgrensa mot spørsmål om prekontraktuelle atterhald. Hovudproblemet er korleis ein skal handtere ein situasjon der ein kontraktspart vil frigjere seg frå kontraktsplikter i ei kommersiell kontrakt, ved hjelp av eit atterhald. Meir konkret er spørsmålet kva framferd ein skal godta frå ein part som vil gjere seg fri frå avtala, der atterhaldet er ein del av den endelege kontrakten. Dette må svarast på ved å undersøkje korleis atterhald kan påverke gjennomføringa av ei kontrakt, etter at den er underteikna.

Ordet atterhald vert brukt om klausul i kontrakt, som på fastsette vilkår gjev ein part rett til å erklære seg ubunden av, eller retinge avtalevilkår. Det er i all hovudsak atterhald om finansiering som vert handsama, men ein del av stoffet kan vere relevant for andre atterhald òg. Oppgåva er avgrensa mot avtaler om finansiering med ein finansinstitusjon. Spørsmålet om ei ytring om finansiering skal tolkast som eit finansieringsatterhald vert ikkje drøfta. Det vert føresett at klausulen er eit atterhald.

Eg ser i utgangspunktet ikkje grunn til å skilje stort mellom ulike kontraktstypar, men oppgåva er nok mest relevant for avtaler der ein part skal yte pengar, og den andre skal yte ei teneste, levere varer, eller fabrikere noko. Med kommersielle kontraktar skal det i denne utreiinga forståast avtaler mellom næringsdrivande, og mellom næringsdrivande og det offentlege. Av di det offentlege spelar ei så sentral rolle som ein stor aktør, både innan kjøp, bygg og anlegg, i tillegg til det store ressursgrunnlaget som burde setje det i

stand til å ta vare på sine interesser, er tvistar mellom det offentlege og næringsdrivande tekne med i bakgrunns materialet. Særskilde problemstillingar knytt til “Lov om offentlige anskaffelser” fell utanfor. Det same gjeld atterhald ved anbod generelt. Forbrukarspørsmål og avtaler mellom privatpersonar er heller ikkje tema i oppgåva. Denne avgrensinga gjer eg fordi der er ei rekkje særskilde omsyn som skil dei kommersielle høva og forbrukarhøva. Eg ynskjer ikkje, og vurderer det heller ikkje som teneleg, å framstille forbrukarspørsmåla saman med dei kommersielle synspunkta. Ein kan likevel ikkje utelukke at mykje av det som står i oppgåva har ein overføringsverdi til forbrukarhøva, og at forbrukarhøve kan påverke den kommersielle kontraktsretten.

Eventuelt erstatningsansvar etter å ha gjort eit atterhald gjeldande og heva avtala, vert det knytt kommentarar til. Andre rettsverknader enn å trekkje seg frå pliktene, slik som retinging av vilkåra, vil ikkje verte kommentert særskilt. Oppgåva vil ikkje gjere greie for spørsmål der ein medkontrahent krev prov på finansiering, eller evne til finansiering.

1.1.3. Utviklingsdrag som gjer problemet særleg relevant

I Norden har vi hatt ein relativt uniform kontraktsrett med så godt som like lovtekstar i sentrale lover, samt grunnleggjande likskapar i den ulovfesta kontraktsretten.⁷

Utviklinga har mot slutten av 1900-talet gjort at ikkje alle lovene på området er fellesnordiske lenger. Impulsar frå andre land sin kontraktsrett har gjort seg gjeldande. I norske kontraktar har det i aukande omfang vorte inkorporert klausular med anglo-amerikanske førebilete, til dømes integrasjonsklausular som tradisjonelt ikkje har hatt nokon plass i norsk kontraktsrett.⁸ Påverknaden frå ein kontraktsrett der tolkingsresultatet i særleg grad vert funne i kontraktsdokumentet,⁹ gjer at avtalehøva må vere detaljregulerte i større grad enn tidlegare for å ta vare på partane sine interesser. Dette gjeld særskilt der partane er frå ulike land. Atterhalda kan neppe seiast å vere eit direkte resultat av denne påverknaden frå anglo-amerikansk kontraktsrett. Det aukande fokuset på detaljar er likevel med på å stille strengare krav til rettsbrukaren om å

⁷ Sjå Giertsen s. 23.

⁸ Sjå Hagstrøm s. 63-64.

⁹ Jf. Høgberg s.157.

meistre, kjenne innhaldet i, og forstå kvifor og korleis ein bør utforme klausular generelt, og finansieringsatterhald spesielt.

Den globale finansuroa dei siste månadane akualiserer særskilt atterhald om finansiering. Kredittilgongen kan vere avgjerande for om eit selskap er levedyktig. Særleg gjeld dette tilfelle der selskapet må oppfylle ei kontrakt som krev kapital. Finansieringsatterhalda kan vere eit verktøy å regulere denne uvissa med, slik at ein reduserer risikoen ved manglande finansiering. Ei teneleg regulering føreset at eit finansieringsatterhald vert brukt slik at det kan få den tilsikta effekten.

1.1.4. Tolking, utfylling og rettskjeldebruk

Forståinga av atterhald, og drøfting av kva rekkjevidde atterhald skal ha, må ta utgangspunkt i dei allmenne prinsippa om avtaletolking, slik dei er utpensla gjennom rettspraksis og teori. På området for kommersielle kontraktar er det likevel nokre omsyn som kan gjere einskilde tolkingsprinsipp meir sentrale enn andre.

I kommersielle høve er det ofte kontraktar med store verdiar involvert. Det er eit mål om lønsemd bak dei fleste slike transaksjonar. Som ei fylgje av dette, er det å kunne gjere seg opp ei meining om verknadane av kontrakten viktig. Trongen for fleksibilitet og skreddarsying av avtaler gjer nok mangfaldet i kommersielle avtaler ganske stort. Risikodeling mellom partane i kontrakten må og avklarast. Skal ein ta vare på den grunnleggjande trongen til tryggleik i kontraktshøvet, er det avgjerande kor grundige partane er i utforminga av kontrakten. Ein må på denne bakgrunnen seie at partane har all interesse av å utforme klåre og gjennomarbeidde klausular. I mange tilfelle har også partane så store ressursar, og så stor grad av profesjonalitet at ein får svært deltaljerte kontraktar. Desse momenta verkar inn på kva tolkingsprinsipp ein vel. Ein må legge til grunn at slike kontraktar "...bør fortolkes objektivt, at kontraktens ordlyd må tillegges stor vekt, og at den som hevder en forståelse i strid med avtalens ord, har bevisbyrden for partenes felles forståelse på avtaletiden...".¹⁰ Dette gjev og tredjemenn tryggare omstende til å inngå relasjonar med partane.

¹⁰ Høgsterett har i Rt. 2005 s. 268 avsnitt 43 fylt opp tidlegare tolkingspraksis for kontraktar mellom næringsdrivande.

Generell tolking etter denne læra føreset at ein har ein kontraktstekst som kan gi svar på spørsmåla ein stiller. Atterhalda er ofte generelt utforma og seier lite meir enn at det er teke eit atterhald for finansiering. Det er slike atterhald denne opppgåva skal greie ut om. Tilnærminga må difor vere frå ein litt annan kant, men framleis med dei generelle omsyna som grunngeiv tolkingslæra av kommersielle kontraktar som sentrale omsyn. Der ordlyden ikkje gjev svar, talar ein gjerne om utfylling.¹¹ Grensa til tolking er uklar, men utfylling er å bruke deklarasjonskontraktsrettslege reglar for å fastslå innhaldet i atterhaldet. Det kan difor vere på sin plass å kommentere rettskjeldebilete noko.

For finansieringsatterhalda sitt vedkomande er ein på lovtomt område. Det gjer at ein må søkje svar i ulovfesta kontraktsrettslege prinsipp og reglar. Eitt av dei berande prinsippa eg bygger på er prinsippet om lojalitet i kontraktshøve. Prinsippa kjem til uttrykk hovudsakleg i rettspraksis og juridisk teori.¹² Den juridiske teorien er i beste fall fragmentert på området for atterhald, så hovudmaterialet er rettspraksis av ulikt slag. Det har vore relativt få saker oppe i Høgsterett om innhaldet i atterhald. Dette sparsame utvalet frå Høgsterett er difor supplert med praksis frå lågare rettsinstansar og valdgift. Ein kan ikkje legge til grunn same prejudikatsverknad for desse to siste kategoriane som for Høgsterettsdommar. Det er usemje om relevansen av slike dommar, men dei kan truleg nyttast som støttemoment.¹³ Dommane gjev uttrykk for vurderingar av reelle saker der omsyn har vorte sette opp mot kvarandre. Der dommane bygger på fornuftige vurderingar av relevante omsyn, har og slike dommar verdi. Særskilt der det er få andre rettskjeldefaktorar å støtte seg på gjer dette seg gjeldande. Rettspraksis som ikkje direkte gjeld kommersielle kontraktar kan og ha ein overføringsverdi der relevante spørsmål vert drøfta. Eg har brukt slik rettspraksis der eg synest det har vore illustrert interessante poeng. Løysingar på spørsmåla mine er og delvis søkt i vurderingar av reelle omsyn, slik som evne til å gjere seg opp ei meining om verknaden av kontrakten og kommersielle omsyn.

¹¹ Sjå Giertsen s. 96.

¹² Sjå til dømes Rt. 1988 s. 1078 og Simonsen.

¹³ Jf. Nygaard s. 110 og 326-327.

1.2. Høvet til brestande føresetnader og avtalelova § 36

Som vist tidlegare er avtaler bindande. Der det skjer noko etter avtaleslutning som radikalt endrar balansen i kontraktshøvet, eller oppfylling vert urimeleg tyngande for den eine parten, har ein døme på at byrdene har vorte lempa i domstolane.¹⁴ Det skjer etter den ulovfesta læra om brestande føresetnader. Vilkåra for dette er at føresetnaden må vere vesentleg eller motiverande for at ein part bind seg på gitte vilkår, at føresetnaden er gjort synbar for medkontrahenten, og om det er rimeleg med lemping etter ei vurdering av risikoelementa i avtala.¹⁵ Lemping kan og skje etter avtalelova¹⁶ § 36 der vilkåret er at avtala er vorte “urimelig”.¹⁷ Området for desse lærene er der det skjer ting som partane ikkje har rekna med, og heller ikkje har regulert fylgjene av i avtala.¹⁸ Lemping etter brestande føresetnader og avtl. §36 er særleg aktuelt i langvarige kontraktshøve.¹⁹

Gjennom å ta finansieringsatterhald erkjenner partane på førehand at noko ved oppfyllinga er usikkert. Den usikre finansieringa er typisk noko som den eine parten har risikoen for. Ved å ta atterhald, kan partane overføre risiko frå seg sjølv til den andre parten. Atterhaldet vil kunne oppstille vilkår for gjennomføring av kontrakten. Oppfylling, eller ikkje-oppfylling av vilkåra, kan opne for ulike handingsalternativ. Atterhald vert dermed ein kontraktsfesta framgangsmåte til å trekkje seg frå kontrakten om den gitte føresetnaden ikkje slår til. Innhaldet i retten til å trekkje seg vil kome an på resultatet ein oppnår etter vanleg avtaletolking. Det ein her talar om er noko som partane har tenkt på, og regulerer, i motsetnad til ved brestande føresetnader og avtl. § 36. Det er difor grunn til å sjå på atterhald som ein sjølvstendig avtalefesta utveg for å revidere avtala.

¹⁴ Sjå Rt. 1935 s. 122 og Rt. 1999 s. 922 med motsett resultat.

¹⁵ Sjå Giertsen s. 217 flg.

¹⁶ Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer, av 31. mai 1918 nr. 4

¹⁷ Sjå Rt. 1988 s. 276 og Rt. 1993 s. 1497

¹⁸ Sjå Giertsen s. 216

¹⁹ Sjå Rt. 1988 s. 276

1.3. Vegen vidare

I den vidare framstillinga vil eg gå inn på ulike spørsmål knytt til finansieringsatterhald. Innleiingsvis seier eg litt om formgjevinga av dei atterhalda eg tek føre meg, og korleis desse verkar inn på når kontrakten vert sett i verk. Deretter er spørsmålet kven som kan gjere gjeldande eit atterhald. Så vil eg kommentere kor vidt eit atterhald er del av kontrakten med vekt på avkall på atterhald. Spørsmålet om ein kan fastsetje fristar for når ein må ha skaffa finansiering ut frå eit generelt atterhald, vert så drøfta. Ein viktig del handlar så om plikter som fyl med det å ta eit finansieringsatterhald. Dette siste er med utgangspunkt i det allmenne lojalitetsprinsippet. Til slutt i kapittelet vil nokre kommentarar verte knytte til verknaden av at ein part byrjar oppfyllinga av kontrakten før vilkåra i finansieringsatterhaldet er oppfylt. Det kjem og eit kapittel om erstatning, og eit kapittel om overføringsverdien av det som står skrive i oppgåva til andre typar atterhald. Eg nyttar undervegs eit fast døme for å illustrere ulike situasjonar. Dømet illustrerer partshøva mellom ein skipsreiar som har kontrahert eit skip ved eit verft. Dømet er fiksjon, og er kun eit framstillingsteknisk hjelpemiddel.

2. Finansieringsatterhald

2.1. Formgjeving av atterhald

Eit atterhald kan formast ut på mange ulike måtar. Det kan vere forma i ei setning eller som tillegg i ei setning, til dømes “vi (selskapet) tek atterhald for finansiering” eller “føresett at finansiering går i orden”. Atterhald kan òg vere langt meir detaljerte og gi nærmare vilkår for atterhaldet. Dei kan til dømes innehalde regulering av kor lang tid det er gyldig, kven av partane som kan gjere det gjeldande, og ikkje minst fylgjene av at atterhaldet vert brukt til å kome seg ut av avtala, slik som erstatning og heving av avtala. Det er grunn til å tru at det er større sjanse for at generelle atterhald er meir utsette for tvistar enn detaljregulerte atterhald. Det er fordi generelle atterhald ikkje tek

høgde for dei ulike områda for usemje som kan dukke opp.²⁰ Drøftinga i det vidare vil som nemnt i hovudsak vere knytt til dei generelle atterhalda for finansiering, og ein må difor ta høgde for at løysingane kan verte annleis der partane har regulert atterhald meir detaljert.

2.2. Atterhaldet sin innverknad på avtala si gjennomføring

Spørsmålet her er kva eit gyldig teke atterhald har å seie for kor vidt avtala som heilskap er bindande, og skal setjast i verk. Kontrakten er i utgangspunktet bindande når den er inngått og underskriven, eller akseptert på annan gyldig måte. Det kan ligge føre atterhald som endrar dette. Ein kan tenkje seg to ulike ordningar på om kontrakten skal setjast i verk eller ikkje. Det kan avtalast at utføringa skal setjast i verk, men kan avbrytast dersom fastsette vilkår er oppfylte. Den andre ordninga er at avtala er bindande, men ikkje vert sett i verk før vilkår er oppfylte. Den fyrste ordninga har nokre ulemper i høve til den andre. Der vil ein måtte bruke ressursar på å starte gjennomføringa. Dette kan gi tap. Effektiviteten er på den andre sida betre sidan ein kan få gjennomført avtala tidlegare. Likevel svekkjar det fyrste alternativet evna til å vurdere framtida sidan det kommersielt sett ikkje er gunstig å investere i gjennomføring før ein veit om ein får oppgjør. Dette talar for å legge til grunn suspensjon av iverksetjing som hovudregel. Partane må i utgangspunktet stå fritt til å avtale den løysinga dei vil.²¹ I teorien er synet på suspensjon støtta. "...Slike avtaler er bindende..." men vilkåret "...suspenderer kontraktens ikrafttredelse...".²² "...Ofte vil slike forbehold ikke være til hinder for at avtalen forøvrig anses som virksom, men det kan også tenkes tilfelle der forbeholdet må tolkes dithen at avtalen først blir virksom og effektiv når vedkommende betingelse er innfridd...".²³ I PECL²⁴ artikkel 16:101 står det at kontraktsplikter "...may be made conditional upon the occurrence of an uncertain future

²⁰ Samanlikn utforminga av atterhalda i fleire av dei sentrale dommane om atterhald: Rt. 1958 s. 611, Rt. 1980 s. 610, Rt. 1985 s. 1066, Rt. 1997 s. 180, Rt. 2005 s. 268, ND 1976 s. 205, ND 1980 s. 211, ND 1985 s. 220.

²¹ Ein har eit døme i Rt. 1980 s. 610 på at noko tilnærma den fyrste løysinga har vore nytta.

²² Jf. Simonsen s. 29.

²³ Jf. Krüger s. 45.

²⁴ The principles of European contract law.

event...”. Regelen seier lite meir enn akkurat det, men det går fram at kor vidt ein har plikt til å oppfylle kjem heilt an på om vilkåret vert oppfylt. Eit døme på korleis verknaden på iverksetjinga av avtala kan vise seg i praksis, har ein fått frå Høgsterett.

I dommen i Rt. 1985 s. 1066 skulle Vannvåg kommune bygge eit skulebygg, og entreprenøren Ran-Ko Oy frå Finland fekk oppdraget. Kommuna måtte ha finansieringa i orden før byggestart og det vart gitt, noko uklart, melding til entreprenøren om det. Finansiering viste seg å vere uråd å få. Retten gjorde klart at finansiering i utgangspunktet er byggherren sin risiko. Utgangspunktet vart endra ved at kommuna tok atterhald slik at entreprenøren måtte ta sin del av risikoen. Atterhaldet vart etter drøftinga rekna som “...et suspensivt vilkår...”.²⁵ Kommuna hadde ikkje plikt til å stå ved avtala, og setje denne i verk, når ikkje vilkåret om finansieringa var oppfylt.

Ein ser av dommen at heile avtala kan verte erklært ubindande, men ein kan òg tenke seg at atterhaldet er knytt til suspensjon av berre særskilde delar av kontrakten. Er der då eit atterhald om finansiering for heile eller delar av kontrakten, gjer det at partane ikkje kan iverksetje kontrakten om ikkje vilkåret er oppfylt. Den allmenne avtalefridomen tilseier at den reguleringa av spørsmålet som partane har kome fram til, må gjelde. Spørsmålet kan difor berre svarast på etter ei vurdering av det konkrete tilfelle.

2.3. Konsekvensane av kven som tek finansieringsatterhaldet

Problemet er no kven som kan gjere eit finansieringsatterhald gjeldande. I eit kontraktshøve med to partar kan ein tenkje seg situasjonar der begge partar kan vere interesserte i å ta atterhald. Ofte vil det likevel vere slik at det berre er den eine parten som i utgangspunktet har denne interessa. Fylgja av det, er at det berre er den eine som har teke finansieringsatterhald, og gjerne berre med tanke på sine eigne høve. Etter at kontrakt er slutta, kan dei faktiske høva endre seg slik at det òg kan vere i den andre parten si interesse med eit finansieringsatterhald. Spørsmålet er då om parten som ikkje tok atterhald kan gjere gjeldande finansieringsatterhaldet til motparten, for eigne, eller motparten sine finansielle vanskar. Eg vil i det vidare greie ut ulike typetilfelle.

²⁵ Jf. Rt. 1985 s. 1066 på s. 1069.

Det fyrste, og kanskje mest klassiske dømet, er der ein kjøpar er usikker på si eiga evne til å finansiere til dømes trålarar han har kontrahert frå eit verft, og av den grunn tek finansieringsatterhald.²⁶ Med eit generelt utforma atterhald, er det neppe tvilsamt at kjøparen kan gjere gjeldande atterhaldet som han sjølv har teke, og dermed seie seg ubunden av avtala.²⁷ Det tvilsame er kor vidt verftet i dømet kan dekkja seg bak atterhaldet som reiarar har teke. Ein må her sonde mellom to situasjonar. Den eine er der verftet vil gjere seg fri på grunn av sine eigne finansieringsvanskar. Den andre situasjonen er der verftet vil gjere seg fri fordi reiarar ikkje får finansiering.

Næringsdrivande må i utgangspunktet kunne påleggast å ta vare på sine eigne interesser, noko som talar for at ein part berre kan nytte eigne atterhald. Parten som ikkje har teke atterhald oppnår ein utvida fleksibilitet dersom begge kan gjere atterhaldet gjeldande. Det er likevel ikkje alltid rimeleg at begge partar skal kunne gjere gjeldande atterhaldet der berre den eine parten har gjort si interesse av eit finansieringsatterhald synleg, og fått inn ein klausul om det i kontrakten. Den parten som tok atterhaldet fyrst, får då ein meir uviss situasjon. Omsynet til fleksibilitet kjem difor lett i konflikt med omsynet til kor lett det er for partane å gjere seg opp ei meining om verknaden av kontrakten. Desse synspunkta føreset at det er klart kven som har teke atterhaldet. Ser ein på atterhaldet som eit risikodelande element, vil ein part som tek atterhald for å flytte risiko over på motparten samtidig kunne ta på seg risiko for motparten dersom begge kan nytte atterhaldet. Ein kan då spørje seg om atterhald kan spele ei rolle som risikodelande element i det heile. Atterhald kan spele denne rolla ettersom ein vil avgrense risikoen for eige mishald dersom ein har teke atterhald. Ein kjem òg tilbake til at her må partane ta vare på sine interesser og utforme klausular som gjev dei det dei vil oppnå.

I situasjonen der verftet sjølv har vanskar med finansiering, må løysinga fyrst søkjast i formuleringa av atterhaldet og ei tolking av kven som kan gjere det gjeldande. Dersom atterhaldet er formulert slik at det kun er reiarar sine finansieringsvanskar som kan gjerast gjeldande, er saka klar. Som nemnt er det i hovudsak generelle atterhald av typen “føreset at finansiering går i orden” som skapar tvist. Dersom slike formuleringar ikkje står i ein kontekst som klart plasserer det i den eine eller andre parten sitt rettsutval, vil

²⁶ Samanlikn faktum i ND 1990 s. 340.

²⁷ Jf. gjennomgangen av Rt. 1985. s. 1066 i avsnitt 2.2.

ei naturleg forståing vere at begge partane kan gjere atterhaldet gjeldande for egne finansieringsvanskar. For å avgjere kven av partane sin rett det er å nytte atterhaldet må ein og sjå på bakgrunnen for at det vart teke eit atterhald. Ein kan stille seg spørsmålet om det låg føre klåre føresetnader som grunn gav at atterhaldet vart teke.²⁸ Kan ein då vise til at ein av partane, på grunn av føresetnadane, var den som hadde interessa av å ta atterhaldet, kan det tale for å avgrense bruken av det til han. Likevel er det ikkje alltid så enkelt. Atterhaldet kan kome fram etter kjøpslåing, og slik at det ikkje klart kan førast tilbake til den eine parten. Mykje kan kome an på kor stor pengesum det er tale om, og korleis betalinga skjer. Større transaksjonar har ofte kompliserte ordningar for finansiering. Der til dømes all betaling skjer ved leveringa, må gjerne eit verft eller ein annan leverandør skaffe eigen kreditt i form av byggelån for å kunne finansiere prosjektet undervegs. Slike kompliserande faktorar kan gjere interessene uoversiktlege og vanskelege å plassere. Evna partane har til å vurdere framtida på denne bakgrunnen, er dermed allereie svekt. Kanskje vil det difor i slike uoversiktlege situasjonar vere å styrke evna til framtidsvurdering å gi begge partane rett til å nytte atterhaldet. Desse synspunkta opnar for at begge partane kan gjere bruk av eit atterhald for egne vanskar med finansieringa, der ordlyden i kontrakten elles ikkje stengjer for det.

I situasjonen der verftet gjer gjeldande reiaren sitt finansieringsatterhald fordi reiaren ikkje får finansiert kjøpet, er den faktiske situasjonen noko ulik den føregåande. Her trekkjer verftet seg på grunn av andre sine finansieringsvanskar. Dette har nær likskap med læra om antesipert mishald.²⁹ Ein må igjen starte med ei tolking av ordlyden for å sjå kor vidt den dekkjer situasjonen. Det generelle atterhaldet vil, om det ikkje står i ein særskild kontekst eller er avgrensa av klåre interesseføresetnader, kunne dekkje ein situasjon der verftet trekkjer seg på grunn av reiaren sine finansieringsvanskar. Det som gjer denne situasjonen annleis enn der verftet trekkjer seg grunna egne finansieringsvanskar, er at det er den som tok atterhaldet som er i vanskar. Ein er dermed nesten tilbake til kjernen for at atterhaldet vart teke. Ulikskapen med kjernesituasjonen er berre kven som seier at kontrakten ikkje kan gjennomførast. Det kan kanskje gå så langt at det nærmast er i reiaren si interesse at verftet avsluttar

²⁸ Jf. Høgberg på side 239 flg.

²⁹ Sjå kjøpslova §§ 61-63.

kontrakten. Grunngevinga for å tre ut av kontrakten skulle dermed vere lettare å godta her enn der verftet trekkjer seg for sine eigne vanskar. Det talar for at verftet kan avslutte kontrakten. Ein kjem då lett inn på spørsmålet om når ein i det minste kan krevje ei avklaring på spørsmålet om finansiering, noko eg skal kome tilbake til i avsnitt 2.5.

Eit spørsmål om ein part kan nytte motparten sitt atterhald vart illustrert i ein valdgiftsdom ved professor Sjur Brækhus, publisert i ND 1980 s. 211. Der var situasjonen at eit rederi skulle byggje ei bilferje, og det var verkstaden som tok atterhald for at byggjelån kunne skaffast. Utgangspunktet er dermed litt anleis i høve til døma eg har nytta som utgangspunkt. Ein kunne teke opp alle situasjonar der ein eller annan part trekkjer seg etter atterhald. Eg har skissert tre typetilfelle som kan danne ein mal i dei fleste situasjonar. Fyrst eit tilfelle med ein som trekkjer seg etter sitt eige atterhald og eigne finansieringsvanskar. Tilfelle nummer to og tre er bruk av motparten sitt finansieringsatterhald, men skil mellom sin eigen og motparten sine vanskar som faktisk grunnlag å trekkje seg på. Denne dommen er ikkje noko unnatak, og er difor i høgste grad relevant i samanhengen. I kontrakten mellom partane stod det “...Verkstedet må ..., ta forbehold om at byggjelån oppnåes.” Verkstaden fekk ikkje byggjelån. Partane prøvde så i fellesskap å få lån gjennom reiarlaget sin bank, men utan å lukkast. Verkstaden fekk på ny ansvaret med å skaffe lån. Då den heller ikkje denne gongen lukkast med å få til finansiering på akseptable vilkår, trekte reiarlaget seg frå avtala på bakgrunn av verkstaden sitt atterhald om finansiering. Atterhaldet var adressert til “Verkstedet” og “byggjelån”. Det talar mot at reiaren kunne ha trekt seg på grunn av sine finansieringsvanskar i dette tilfellet. Verkstaden tapte likevel saka, og reiarlaget gjekk fri av kontrakten. Dommen problematiserte ikkje kor vidt det var mogleg for reiarlaget å trekkje seg på grunnlag av atterhaldet frå verkstaden. Det er likevel klart føresett på side 224 i dommen at det går an. Dette støttar mine synspunkt om at så lenge den som har teke atterhaldet ikkje får finansiering, kan òg motparten trekkje seg.

Oppsummeringsvis kan ein seie at kven som tek atterhaldet, ikkje treng verke inn på kva part som kan kome seg fri frå kontrakten. Det at begge partar kan gjere seg nytte av atterhaldet gjer at ein oppnår ein slags balanse i kontrakten. Motsett er det ikkje noko i vegen for at partane kan formulere atterhaldet slik at det gjeld berre for den eine. Det

kan og vere slik at der berre den eine parten kan vise til klåre interesser i å ta atterhald, vil det kunne avgrense bruken av atterhaldet. Ved ei slik regulering må ein vurdere konkret korleis det slår ut i kontraktshøvet. Utgangspunktet er likevel at begge partane kan gjere gjeldande eit generelt atterhald for finansiering.

2.4. Om finansieringsatterhaldet fell bort eller vert gitt avkall på

2.4.1. Innleiing

Suspensjon av iverksetjinga av avtala kan især vere problematisk for den parten som ventar på at den andre skal syta for finansiering. Lang ventetid og uvisse om når ein får svar, svekkjar evna til å gjere seg opp ei meining om si eiga framtid. Difor er det viktig å få avklara om atterhaldet er ein aktiv del av avtala. Spørsmålet om det er teke finansieringsatterhald, eller atterhald i det heile, kjem an på korleis ein forstår den inngåtte kontrakten. Dette må vurderast i det konkrete høvet. Det kan stillast fleire spørsmål i tilknytning til dette. I det vidare føreset eg at eit finansieringsatterhald er fremja.

Eg skil mellom to situasjonar. Den fyrste situasjonen er der eit atterhald er fremja som del av eit bod, og det kan vere usikkert om det er falle bort ved underteikninga av den endelege kontrakten. Den andre situasjonen er der atterhaldet utvilsamt er ein del av kontrakten og spørsmålet er om det er fråfalle.

2.4.2. Om finansieringsatterhald fremja i eit bod fell bort når endeleg kontrakt vert underteikna

Avtaler inngått ved bodgjeving reiser ei særskild problemstilling. Spørsmålet er om eit atterhald for finansiering som er teke i bodet, fell bort når ei kontrakt seinare vert underteikna, og atterhaldet ikkje er teke inn i kontraktsteksten. Utgangspunktet er at ein aksept av eit bod, der det er teke eit atterhald, gjer atterhaldet til del av avtala. Dette fyl av formfridomen i norsk avtalerett,³⁰ og indirekte av at avtl. §§ 6 og 7 gjer ein aksept som stemmer med eit tilbod bindande for akseptanten. På den andre sida gjer avtalefridomen at partane kan endre den inngåtte avtala undervegs, og dermed legge til eller fjerne vilkår, til dømes eit finansieringsatterhald.

³⁰ Jf. avtl. §1, NL 5-1-1 og Giertsen s. 34.

Til illustrasjon og rettleiing har vi dommen i RG 1990 s. 58. Der var det ein privatperson som skulle selje ei hytte. Dei to personane som la inn bod, knytte finansieringsatterhald til bodet. Då kjøpekontrakten vart underteikna var det ikkje teke med noko atterhald om finansiering. I tillegg hadde prisen stige. Det vart ikkje betalt for eigedomen ettersom finansieringa ikkje lot seg ordne. Retten la til grunn at kjøparane ikkje hadde teke uttrykkeleg atterhald for finansiering ved kontraktsinngåinga, og heller ikkje hadde oppfylt provsbyrda for at atterhaldet i bodet gjaldt for den signerte kontrakten. Liknande faktum og resultat ligg føre i dommane i RG 1990 s. 1332 og RG 1992 s. 1010.

Resultata byggjer på at partane ikkje har teke inn i kontrakten dei atterhalda som er tekne i bodprosessen. Ei løysing kan vere å sjå på det som fråfall ved konkludent åtferd. Alle tre dommane gjeld privatpersonar, og kjøp av bustad eller hytte. Direkte overføringsverdi til kommersielle høve er det difor ikkje. I kommersielle høve kan ein likevel ikkje setje lågare krav til at partane skal ta vare på sine interesser enn privatpersonar skal.

Ein må òg tenke på at frå bodet kjem til ei kontrakt vert underteikna går det noko tid. Er ikkje finansieringa avklara innan denne tida, bør ein kanskje pålegge kjøparen å gjere føresetnaden om finansiering synbar når han underteiknar kontrakten. Som ein kan sjå av dommane er det ikkje tilstrekkeleg å gjere klart at ein tek finansieringsatterhald, ein må òg kunne prove dette. Som vist til i kapittel 1.1.4 er tolkinga av kommersielle avtaler basert på ordlyden i kontrakten. Er ikkje atterhaldet med i kontrakten, vert provsbyrda tung å oppfylle. Er partane resurssterke, vil det tale klart mot å gjere gjeldande eit atterhald om det ikkje er med i kontrakten. Omsynet til å kunne vurdere framtida talar i same retning. Ein kan på den andre sida ikkje utelukke at eit finansieringsatterhald fremja i eit bod kan gjelde, sjølv om det ikkje er teke inn i kontrakten. Ein kommersiell part som ynskjer å ta finansieringsatterhald bør likevel helst dokumentere skriftleg i kontrakten at atterhald er teke, for å fylle provsbyrda. Dette er sjølv sagt med den føresetnad at det er inngått ein skriftleg avtale.

2.4.3. Avkall på atterhald

No er situasjonen at eit finansieringsatterhald er gjort til ein del av kontrakten. Ein har uproblematisk situasjonar der det vert inngått eintydige endringsavtaler for kontrakten, og der det utan tvil er gjeve avkall på atterhaldet. Tvisten oppstår der den eine parten set i verk sine plikter etter avtala og hevdar at finansieringsatterhaldet er gitt avkall på, noko den andre parten seier imot. Spørsmålet er då i kva situasjonar ein kan seie at der ligg føre eit avkall på eit atterhald.

Eg brukar valdgiftsdommen publisert i ND 1990 s. 340 som illustrasjon og bakgrunn. Her var det ein skipsbyggjar som kom i kontakt med ein reiar på ei fiskerimesse i Glasgow i april 1988. Skipsbyggjaren vart der beden om å kome med eit tilbod om bygging av ein trålar. Tilbodet kom 26. april utan at det rakk fram til reiaren. I mai same år møttest partane igjen. Reiaren ville no ha eit nytt tilbod med meir spesifiserte ynskje om utstyr. Den 11. mai kom tilbodet. Etter nærmare tingingar vart det den 26. mai underskrive ei kontrakt om bygging av skipet. Det var innteke eit atterhald, og begge partane forstod det slik at avtala var avhengig av at reiaren si finansiering gjekk i orden. Den 2. juni gav reiaren melding om at kontrakten ikkje kunne stadfestast fordi finansieringa mangla. Skipsbyggjaren byrja teikningsarbeidet på eigen risiko medan korrespondanse om finansieringssituasjonen vart utveksla. Under eit møte i Belfast 8. juli vart det underteikna eit møtereferat der det gjekk fram at kontrakten no var "valid". På denne bakgrunnen vart det utarbeidd ei ny kontrakt utan atterhald. Kontrakten vart underteikna 11. juli. Finansieringa var ikkje i orden, og etter langvarige tingingar med bankane trekte reiaren seg frå avtala 29. september. Han hevda at han kunne gjere dette fordi han hadde teke atterhald. Valdgiftsretten fann at atterhaldet frå 26. mai stod ved lag til møtet 8. juli der reiaren hadde gjeve avkall på atterhaldet. Grunngeveinga var at skipsbyggjaren hadde teke kontakt på førehand for å få svar på finansieringss spørsmålet. Reiaren hadde ikkje teke noko uttrykkeleg atterhald ved denne førespurnaden, og underteikna møtereferatet som gjorde avtala "valid". Det som stadfesta det heile var at det vart underteikna ei ny og oppdatert kontrakt den 11. juli, som ikkje hadde atterhald. Eg forstår dommen slik at møtet var til for å stadfeste at finansieringa var ordna. Så langt viser dette at å underteikne ei ny avtale utan atterhald, er det same som eit avkall.

Spørsmålet er vidare om ikkje eit avklaringsmøte slik som Belfast-møtet 8. juli er tilstrekkeleg til å ha gitt avkall på atterhaldet. Avkall i ein slik situasjon ligg tett opp til det å erklære at vilkåra for å setje i verk avtala er tilstades, og eg ser liten grunn til å vurdere desse tilfella ulikt.

Erklæring om at vilkåra for å setje i verk ei avtale er oppfylt, var tema i dommen frå Høgsterett i Rt. 2005 s. 286 som gjaldt eit atterhald for styregodkjenning. Det var inngåing av ei slakteavtale i oppdrettsnæringa det var tale om. Medkontrahenten etterlyste resultatet av styrehandsaminga hos dagleg leiar i selskapet som hadde teke atterhald, og han opplyste om at styreatterhaldet var heva. Styrevedtaket var positivt, men med tilleggsvilkår som ikkje vart oppfylte. Det vart hevda at dagleg leiar ikkje hadde kompetanse til å binde selskapet. Retten fann at aksjelova³¹ bygger på at ein medkontrahent ikkje skal ha noko undersøkingsplikt om dagleg leiar har slik kompetanse eller ikkje, og at vedkomande kan legge til grunn at atterhaldet er i orden når det ikkje er særleg grunn til mistanke om noko anna. Konklusjonen vart at dagleg leiar kan informere om faktiske høve med bindande verknad for selskapet.

For finansieringsatterhald bør ein kunne legge til grunn eit liknande standpunkt i høve til korleis ein gjev bindande avkall eller melding om at vilkåra er oppfylt. Gjev ein dagleg leiar eller styret melding til medkontrahenten om at finansiering er oppnådd så må medkontrahenten kunne gå ut frå at dette stemmer. Når medkontrahenten får rimeleg grunn til å tru at det suspensive vilkåret er oppfylt, slik som ved undertekning av møtereferat, bør ein kunne setje avtala i verk.³²

På bakgrunn av dette må ein legge til grunn at relativt enkle meldingar kan kvalifisere til å vere eit avkall. Spørsmålet er i det heile svært ulikt frå sak til sak, og ein må legge standarden ut frå det konkrete tilfelle. Ei anna mogleg vinkling er å vurdere om vedkomande hadde interesse av å gi avkall på atterhaldet.

Ei sak som illustrerer interessesyndpunktet, er valdgiftsdommen i ND 1985 s. 220. Der var det Louis Ormestad A/S som skulle kjøpe lasteskipet M/S Sambi frå A/S Reefer Shipping. Ormestad hadde teke atterhald for finansiering, og det viste seg at det ikkje

³¹ Lov om aksjeselskaper, av 13. juni 1997 nr. 44.

³² Sjø om avtalebinding Giertsen s. 38.

var så enkelt å få finansiering. Det vart inngått nye avtaler mellom partane der dei fremja andre løysingar for finansiering. Spørsmålet var om Ormestad på noko tidspunkt hadde gjeve avkall på det finansieringsatterhaldet han hadde teke tidlegare. Retten kom til at Ormestad ikkje hadde teke på seg ei plikt til å betale restkjøpesummen utan vilkår. Grunngevinga var at einaste utvegen for å gjennomføre kjøpet var ei slik plikt.³³

Vanskane med å få finansiering gav endå større grunn til å halde fast på atterhaldet, noko Ormestad hadde gjort gjennom heile prosessen. Seljaren Reefer måtte forstå at det var einaste måten Ormestad kunne betale på, var at han fekk hjelp med finansieringa. Eit anna tolkingsalternativ vart likevel lagt til grunn.³⁴ Kjøparen vart ikkje vurdert å ha gått ifrå tidlegare vilkår for kjøpet, og dermed ikkje finansieringsatterhaldet. Ein ser her eit døme på at kjøparen hadde sterk interesse av å ikkje gå ifrå finansieringsatterhaldet. I andre tilfelle kan kjøparen ha stor interesse av å gi avkall. Ein kan kanskje vurdere det slik at der ein er usikker på kva som er meint, kan ein legge vekt på kva som har lege bak handlingane til parten.

Det er ikkje klare retningslinjer i dommane for kva som kvalifiserer til eit avkall. Ser ein på detaljgraden i avtaleverket, saman med kor det gagnar prognosane for kontraktssamarbeidet å gjere klart kven som har kompetanse, og kva som kvalifiserer, til å gi avkall, talar nok det for at ein bør legge til grunn ein standard som krev ein viss klårleik. Det er likevel problematisk å operere med faste standardar i kommersielle avtaler. Trongen til fleksibilitet og effektivitet kan verte svekka av ein slik standard. Det tryggaste er då å legge til grunn det som ein rimeleg må krevje ut frå det konkrete tilfelle.

2.5. Spørsmålet om der er frist for å skaffe finansiering

Det er langt frå i alle tilfelle at finansieringsatterhaldet anten vert gjort gjeldande innan ei rimeleg tid, eller at ein part gjev avkall på det. Ein vil etter kvart kome til eit punkt der medkontrahenten må ha rett til å få avklara situasjonen ved anten å fristille seg, eller få gjennomføre kontrakten. Spørsmålet er då om ein kan fastsetje ein frist for kor lang tid ein part har til å skaffe finansiering.

³³ På s. 231 i dommen.

³⁴ På s. 232 i dommen.

Det generelle atterhaldet inneheld ingen eksplisitt frist for når finansieringa må vere på plass, eller når motparten har fristillingsrett. I mange tilfelle er nok partane samde om at innan ein viss dato må alle slike spørsmål vere avklarte. Problemet oppstår der det ikkje er avtalt når avklaring skal skje. Til rettleiing har vi den tidlegare omtala dommen i Rt. 1985 s. 1066 der formannskapet vedtok å godta eit anbod 27. nov. 1978. Finansieringa gjekk ikkje i orden, noko som vart klart på føresommaren 1979. Her vart det som truleg var i overkant av 6 månader, godteke. Det at entreprenøren var klar over finansieringsatterhaldet, og ikkje undersøkte og eventuelt protesterte, vart rekna som ein aksept av vilkåret. Dommen inneheld ikkje konkrete haldepunkt for kvar ei grense bør gå. Det vil nok uansett vere noko individuelt.

Ein annan illustrasjon av fristproblemet har vi i ND 1980 s. 211, men her er òg retningslinjer for vurderinga skisserte. Ei kontrakt vart underteikna 24. mai 1978 etter at anbudsfristen gjekk ut 3. april 1978. Reiarlaget braut tingingane 16. oktober same år grunna manglande finansiering. I perioden 5. juli til 23. august var det reiarlaget som hadde i oppgåve å skaffe byggelån fordi verftet hadde vanskar med dette. Denne perioden kan difor ikkje takast med i grunnlaget for kor lang fristen er. Valdgiftsretten innleier med ein generell del der hovudreglane vert presenterte før faktum vert kommentert.

På side 223 i dommen står det at "...Risikoen for at finansieringen blir ordnet i tide, må derimot fortsatt ligge på verkstedet; det kan ikke holde Rederiet bundet til kontrakten i en ubestemt fremtid i håp om at nødvendige lån til slutt vil bli gitt.". Dette er tydeleg sagt med tanke på evna til å gjere seg opp ei meining om framtida. Det vert vidare på side 224 påpeika at "...klart at Rederiet må kunne heve kontrakten ... i tilfelle hvor leveringen av skibet blir vesentlig forsinket som følge av finansieringsproblemene...". Dette må ein forstå som ein minstestandard. Parten med finansieringsvanskar kan ikkje utsetje kontrakten lenger enn dette med bakgrunn i atterhaldet. Kommersielle omsyn om å få levering til rett tid, og kanskje særleg der gjennomføring av andre plikter er avhengig av leveringa, kan grunngje dette synet. Når leveringa allereie er vesentleg forseinka er det ofte for seint å finne andre løysingar.

I dommen står det vidare på side 224 at atterhaldet gjev medkontrahenten ein utvida rett til å få klårleik i finansieringsspørsmålet på eit tidleg tidspunkt, og han må kunne krevje dette "...forholdsvis raskt...". Kva som ligg i dette er vanskeleg å presisere.

Valdgiftsretten seier at ein "...må på den ene siden forlange at Verkstedet uten ugrunnet opphold tar alle nødvendige skritt for å skaffe de nødvendige lån...". Ein kan då spørje seg om det er nok å ta alle rimelege steg, og så kan ein verne seg med atterhaldet til evig tid. Det kan ein ikkje. Dommen oppstiller mot slutten av sida ei objektiv grense.

Dersom vilkåret ikkje er "...oppfylt innen en rimelig tid, til tross for aktiv innsats fra partenes side, må medkontrahenten kunne si seg løst fra kontrakten...". Ved slike rimeleg tid-standardar er det ei konkret vurdering som må leggjast til grunn. Ein må vurdere fakiske høve opp mot kor viktig det er med ei rask klårgjering.³⁵ Omsyna som er nemnde tidlegare i kapittelet skin gjennom her òg, saman med kor viktig effektivitet i omsetjingslivet er.

Valdgiftsretten påpeikar til slutt på side 224 at nokon rett til einsidig å pålegge ein frist for å få finansiering, neppe kan ligge føre anna enn for å påpeike at ei hurtig klårgjering er viktig. Dette skulle vere ei sjølvfylgje etter dei allmenne reglane om partsautonomi, og skulle ein godta ein slik frist måtte den truleg gjerast til ein del av avtala.

Dommen er ein valdgiftsdom med avgrensa relevans som rettskjeldefaktor. Dommen framstår likevel med logiske og fornuftige resonnement. I mangel på tilsvarende drøftingar frå Høgsterett, framstår løysinga i denne dommen som ei truleg tilnærming for å slå fast kor lenge ein kan gøyme seg bak eit atterhald for finansiering.

Medkontrahenten har altså rett til å få klårleik i finansieringsspørsmålet på eit tidleg tidspunkt, og med ei absolutt grense der finansieringa forseinkar leveringa av kontraktsytinga. Grensa skal setjast etter ei vurdering av om finansieringa er oppnådd innan rimeleg tid, der det må leggjast til grunn at parten har teke alle naudsynte steg, utan ugrunna opphald, for å skaffe finansieringa.

2.6. Plikter for den som tek finansieringsatterhald

³⁵ Saml. Hagstrøm II s. 185 om lengda på reklamasjonsfrist.

2.6.1. Allmenn lojalitetsplikt

Der det er teke eit generelt atterhald for finansiering må ein vurdere kva plikter som fyl med atterhaldet. Ein part kan naturleg nok ikke vente at finansiering skal kome ramlende i fanget hans av seg sjølv. I Rt. 1988 s. 1078 på side 1084 er det slått fast at det gjeld eit generelt utgangspunkt om aktsemd og lojal åtferd i kontraktshøve. Dette utgangspunktet bygger på ei felles interesse mellom partane om at ei kontrakt skal setjast i kraft. Lojalitetsstandarden er fyrst og fremst halden oppe av dei forventningane partane har.³⁶ Innhaldet av lojalitetsstandarden må dermed knytast opp mot meir konkrete vurderingar av situasjonen og partane sine utgangspunkt. Spørsmålet er kva konkrete plikter som generelt fyl med lojalitetsplikta der eit finansieringsatterhald suspenderer ei kontrakt sin bindande funksjon. Det heilt klare tilfellet der ein part bryt lojalitetsplikta er der han ikkje i det heile gjer noko forsøk på å skaffe finansiering, altså ikkje tek kontakt med finansieringsinstitusjonar. Plikta er òg klart brota der ein part er lurt inn i kontrakten, for så å verte avvist. Det vil òg vere klart illojal åtferd der ein part får eit godt tilbod om finansiering og avslår det utan grunn. I dei neste avsnitta vil lojalitetsplikta verte brota ned til informasjonsplikt, aktivitetsplikt og plikt til å godta akseptable finansieringstilbod for den som tek finansieringsatterhald.

2.6.2. Informasjonsplikt

Problemet er no om ein kan gje den som tek eit atterhald om finansiering ei plikt til å informere om eigen økonomisk ståstad, og eventuelt når ei slik plikt kan påleggast. I eit kontraktshøve mellom to eller fleire partar, vil det neppe skape god tillit mellom partane at ein eller fleire av dei ikkje informerer om kontraktsrelevante ting til dei andre partane. Ein kan neppe krevje at partane skal vete alt om kvarandre, men med aukande kontraktsverdi så vil trongen for å kjenne til medkontrahentane si evne til å oppfylle kontrakten auke. Langt mindre tillit gjev det der informasjonen som vert gjeve er feil. Det har vore skrive at der er eit krav til heiderleg framferd, som inneber at partane "...må avholde seg fra å skape ugrunnede forventninger om utsiktene til kontraktsslutning...".³⁷ Ein variant av informering er der ein part undersøker

³⁶ Jf. Simonsen s. 7.

³⁷ Sjå Simonsen s. 47.

økonomien til medkontrahenten gjennom til dømes Brønnøysundregistra, eller har andre kredittundersøkingar. Desse situasjonane ser eg bort frå. Ein kan og tenkje seg at verftet vert påverka på ein uheiderleg måte av reiaren, slik at verftet får eit feilaktig bilete av reiaren sin økonomi. Verftet vil i ein slik situasjon kunne vere verna av reglane om svik i avtalelova § 30 og eventuelt avtl. § 33. Drøfting av denne delen av informasjonsansvaret under lojalitetsplikta er difor ikkje så praktisk.

Spørsmålet er fyrst kva typar informasjon som er relevant å gi. Svaret er ulikt frå situasjon til situasjon. For vårt tilfelle er det den økonomiske berekrafta som er mest relevant. Kor mykje selskapet er i stand til å betale utan hjelp frå eksterne kreditorar kan òg vere sentralt, men det er kanskje viktigare kva utsikter selskapet har til å skaffe kreditt for finansieringa.

Spørsmålet er så om ein part har generell plikt til å gi informasjon om finansieringsvna si på eige initiativ, til medkontrahenten. Eit spørsmål om villeiande informasjon om finansiering vart drøfta i Rt. 1987 s. 1205. I saka var det tale om ei overdraging av ein hotelleigedom. Saka hadde ikkje noko finansieringsatterhald, men det vart likevel hevda frå seljaren, som ville verte fri frå kontrakten, at kjøparen ikkje hadde gjeve rette opplysningar om sine sjansar til å finansiere kjøpet. Høgsterett avviste denne påstanden. Grunnen til dette var at seljaren ikkje hadde kravd noko utgreiing om finansieringsevna i tingingane, og det verka ikkje å vere eit vesentleg moment ved avtaleinngåinga.³⁸ Seljaren hadde framleis handlefridom til å stoppe salet dersom betalinga vart misheldt ved å nekte å gje skøyte. Dommen må forståast slik at ein part i utgangspunktet ikkje har noko plikt til å gje informasjon om egne sjansar til å skaffe finansiering. Vert finansiering derimot gjort til eit vesentleg moment ved avtaleinngåinga, kan ein nok pålegge ei slik plikt. Det at ein part bed om slik informasjon uavhengig av om medkontrahenten tek atterhald vert eigentleg eit spørsmål som fell utanfor atterhaldsproblematikken. Det er likevel grunnleggjande og ein må ha det som bakgrunn for drøftinga av atterhald.

Spørsmålet er då om ein part som har teke finansieringsatterhald har ei plikt til å gje informasjon til medkontrahenten sin, om sjansane til finansiering. I vårt dømme tek

³⁸ Sjå s. 1211 i dommen.

reieren finansieringsatterhald. Dette er typisk knytt til at det ligg føre ei eller anna form for uvisse knytt til finansieringa. Reieren gjer denne uvisse synbar med atterhaldet, noko som gjer finansiering til eit vesentleg moment ved inngåinga. Dette skulle kunne gi ei oppmoding til verftet om å undersøkje den økonomiske situasjonen, og ikkje at reieren skulle informere på eige initiativ. Har fyrst reieren teke atterhald, og han får spørsmål om informasjon kring finansieringa, må ein nok kunne krevje at han utdjuar bakgrunnen for finansieringsatterhaldet. Ein kan etter dette neppe gje ei uvilkårleg plikt til å informere om sin eigen økonomiske situasjon på eige initiativ, sjølv om ein tek finansieringsatterhald. Der spørsmålet om finansiell kapasitet fyrst kjem, er det likevel rimeleg at reieren har ei plikt til å informere verftet.

Eit anna tilfelle om informasjonsplikt er der reieren har teke finansieringsatterhald overfor verftet, og er komen til situasjonen der han skal skaffe finansiering. Situasjonen er her at han skal tinge med ulike finansieringsinstitusjonar for å få lån. Spørsmålet er korleis reieren skal opptre i møtet med banken, for å sikre lojaliteten i kontraktshøvet med verftet.

Ein kan ta som utgangspunkt den tidlegare nemnde setninga i ND 1980 s. 211 på s. 224 som gjev plikt til å ta "...alle nødvendige skritt for å skaffe de nødvendige lån...". Denne uttalen kan ein lese som ei plikt til å gjere eit lojalt forsøk, overfor verftet, på å skaffe lån til bygging. Uttalen er i utgangspunktet lettast å forstå i retning av ei aktivitetsplikt, men mykje av aktiviteten ved å få lån er å dokumentere eiga finansiell berekraft. Ein kan dermed ta opp korleis ein bør framstille seg overfor banken. Bankar vil nok i stort omfang krevje objektiv dokumentasjon på den økonomiske ståstaden. Sjansane til å manipulere banken si oppfatning er dermed relativt små, men likevel tilstades.

Dersom reieren ser at han har inngått ei dårleg kontrakt med verftet kan han likevel ha interesse i å kome seg fri av denne. Kanskje er der ikkje andre tilgjengelege mekanismer enn finansieringsatterhaldet for å stanse kontrakten. Freistinga kan difor vere stor for reieren til å så tvil om økonomien, med den fylgja at banken då vil vegre seg for å finansiere skipet. Slik tvil kan såast ved å gi informasjon som ikkje så enkelt kan etterprøvast objektivt, til dømes å vere selektiv i kva informasjon ein gjev, eller å gje dårlege prognosar for framtidsmarknaden. Det å framstille seg negativt vil vere illojalt

ettersom det ikkje vil vere i samsvar med å ta alle naudsynte steg for å skaffe lån. Eg seier ikkje at ein skal vere urealistisk positiv i framstillinga av eigen økonomi. Reiaren må kunne vere kritisk i sine vurderingar overfor banken. Det ein må unngå er at reiaren medveten går inn for å torpedere kontrakten med verftet. Ein må etter dette kunne krevje at vår reiar må framstille økonomien sin sannferdig overfor banken, for å vere lojal overfor verftet.

Spørsmålet er så korleis informasjonen bør overbringast til medkontrahenten. Ein del av det å informere er å gi klare meldingar. I dei tilfella ein har eit finansieringsatterhald som set vilkår for om kontrakten vert sett i verk eller ikkje, er det viktig å få vite om den andre parten har fått finansiering. Ved inntrykket av at finansiering er på plass utan at den er det, kan ein part finne på å starte gjennomføringa av kontrakten med store tap som fylgje. På den andre sida er det tale om profesjonelle partar som bør vere i stand til å ta vare på sine interesser, og vurdere risikoen. Likevel kan uklare informasjon i ein gjeven situasjon verte tolka dit hen at parten har prøvd å lure medkontrahenten. Det er ei illojal handling som kan få konsekvensar. Ein bør difor kunne pålegge partane å melde frå om vilkåra i finansieringsatterhaldet er oppfylt på ein klar måte.

2.6.3. Aktivitetsplikt

Problemet er no kva praktiske handlingar ei lojal etterleving av finansieringsatterhaldet inneber. Ut frå den allmenne lojalitetsplikta må ein kunne knyte visse minstekrav til kva ein kan vente seg. Aktivitetsplikta kan nok variere noko ut frå det konkrete tilfelle, men framstillinga skal ta føre seg hovudpoenga. Spørsmålet er kva krav til handling ein kan stille til ein part med utgangspunkt i den allmenne lojalitetsplikta.

Det fyrste må vere å faktisk søkje etter lån hos ulike finansieringsinstitusjonar.

Minstekravet må vere å søkje hos sine eksisterande bankkontaktar, eller dei institusjonane som er føresette i kontrakten. Ein kunne tenkje seg å utvide plikta til å søkje lån hos andre institusjonar dersom det ikkje lukkast å få finansiering hos den fyrste. Likevel er det ikkje opplagt at ein kan pålegge dette. Har ein ikkje fått lån ein stad kan det vere grunna i at parten ikkje er kredittverdig. Å bruke tid og ressursar på å søkje lån når det ser håplaut ut, kan ein neppe krevje. Er problemet hos finansinstitusjonen, må ein likevel kunne krevje at parten søkjer finansiering andre

stadar. Denne plikta må og avgrensast. Ein stad må ein seie at det er gjort nok forsøk. Det kan vanskeleg avgjerast generelt, men faktorar som kan spele inn kan vere, lokalisering i landet, størrelsen på summen som må lånast - kanskje er det få bankar som kan låne ut så mykje pengar, utsiktene til å skaffe midlane,³⁹ tidsfristar i prosjektet, og kapasiteten til parten sin administrasjon.

Ein slags hovudregel går fram av ND 1980 s. 211. Ein må forlange at parten som tek atterhald "... tar alle rimelige skritt for å skaffe de nødvendige lån ...".⁴⁰ Vidare på same stad er det sagt at dersom "... en viss aktivitet fra en parts side er nødvendig for at betingelsen skal inntre, kan ikke vedkommende part forholde seg passiv efter kontraktsslutningen, i tillit til at han er beskyttet av betingelsen i kontrakten...".

Dommen viser til ein minstestandard om at ein ikkje kan vere passiv.

Rimelegstandarden må forståast opp mot det konkrete tilfelle.

Akkurat dette generelle er ført vidare i ND 1985 s. 211. Her vert det sagt klårare at atterhald kan kombinerast med "... en viss plikt for partene til å arbeide aktivt for å få finansieringen i havn. En slik plikt må normalt presumeres når det gjelder kjøperen; han bør ikke kunne komme fri fra et kjøp han angrer på ved å la finansieringsspørsmålet drive inntil den avtalte frist er ute ...".⁴¹ Dommen frå 1985 seier ikkje så mykje meir, men talar eksplisitt om ei aktivitetsplikt. I tillegg vert kjøparen presumert å ha plikt til å skaffe finansiering. Det gjev ein viktig peikepinn på kvar aktivitetsplikta ligg.

I dommen i Rt. 1985 s. 1066 på s. 1069 vart det kommentert av dommaren om ei kommune hadde gjort nok for å få finansierte bygginga av ein skule. Kommuna fekk råd frå fylkesmann og skuledirektør om ikkje å låne pengar, i tillegg førte ikkje dei tingingane om finansiering som kommuna hadde fram. Det er ikkje mykje ein kan utleie av dette, men det kan sjå ut til at så lenge ein faktisk tingar om finansiering, er ein lojal. Ein treng dermed ikkje å gå til mange finansinstitusjonar så lenge ein har eit reelt håp om å få finansiering med den ein tingar. Er der framleis tid til finansiering må vere på plass etter at eit alternativ er uttømt, bør ein likevel gå til andre.

³⁹ Jf. Rt. 1985 s. 1066 på s. 1071.

⁴⁰ På s. 224.

⁴¹ På s. 229.

Ein annan variant var praktisk i ND 1980 s. 211. Når eit verft ikkje fekk byggjelånsfinansiering, tok reiarlaget ansvar og prøvde å skaffe lån hos sin bank. Reiarlaget sitt forsøk lukkast ikkje, og ansvaret gjekk på ny over til verftet. Det er nok ingen regel at medkontrahenten skal gjere eit slikt forsøk som reiarlaget gjorde her. Det viser berre at kontraktar er samarbeidsprosjekt der det er i begge si interesse at finansiering kjem på plass. Kreative løysingar kan avtalast og setje til side den plikta ein part elles har til å skaffe finansiering.

2.6.4. Plikt til å godta akseptable tilbod om finansiering

Eit nytt problem oppstår der ein part har fått tilsagn om finansiering, eller der sjansen til å skaffe pengane som trengst, har opna seg. Vi kan halde på illustrasjonen med reiaren som har teke finansieringsatterhald overfor eit skipsverft. Når reiaren går til sin bank og bed om lån, kan han få tilbod om finansiering. Spørsmålet er om det er illojalt overfor verftet å ikkje takke ja til den finansieringa som banken kan tilby.

I den tidlegare omtala valdgiftsdommen i ND 1990 s. 340 nekta ein reiar å ta imot finansiering på dei vilkår som banken gav tilbod om. Lånet stranda på at reiaren måtte stille personleg garanti og pant for lånet til eit aksjeselskap han eigde hundre prosent av. Valdgiftsretten uttrykte at dette rima dårleg med at han hefta personleg for kontraktssummen overfor verkstaden som skulle bygge skipet. I tillegg fann retten det merkeleg at reiaren hadde akseptert å stille pantet tidlegare i prosessen. Retten uttalte i del III at reiaren "... hadde under enhver omstendighet en lojalitetsplikt overfor verkstedet til å akseptere et rimelig tilbud fra banken ...", noko han ikkje gjorde. Dommen viser at dei konkrete vilkåra for finansiering er avgjerande når ein skal vurdere om ein kan avslå eit tilbod om finansiering og likevel vere lojal overfor medkontrahenten sin. Kva som er eit rimeleg tilbod frå banken må vurderast konkret. Eg vil likevel prøve å få fram nokre moment som er sentrale i denne vurderinga.

I tre dommar frå ulike lagmannsrettar har spørsmål om å godta finansiering vore oppe. Alle tre dommane er frå saker om kjøp av fast eigedom mellom privatpersonar. Dei har dermed ikkje direkte overføringsverdi til kommersielle høve, samt at dommar frå lagmannsrettar ikkje har same høge relevansen som dommar frå Høgsterett. Likevel kan

ein seie at desse tre dommane viser ein tendens, noko som talar for å gjere retningslinene meir allmenne.

I den fyrste saka i RG 1986 s. 993 F var det i finansieringsatterhaldet påpeika at finansieringa måtte vere “tilfredsstillende”. Til dette sa retten at det viser til meir enn berre å skaffe den naudsynte kapitalen. Retten sa at formuleringa viser til “... de totale kredittbetingelser, slik at det i tillegg til størrelsen av lånet blir spørsmål om renter, avdragstid, m.m. ...”.⁴² Det vart vidare sagt at det må takast “... rimelige hensyn til ... subjektive forutsetninger ...” og dermed spørjast kva som er tilfredsstillande for parten.⁴³ Kva er meint med ei slik subjektivisering? Dersom det skulle vere opp til den einskilde person å synse seg fram til kva som er tilfredsstillande, vil ein kaste all von for partane til å gjere seg opp ei meining om verknadane av ei kontrakt. Dette er ei sak mellom privatpersonar. Kommersielle partar vil ofte ha fleire personar involverte, slik at det personlege elementet vert noko utviska. Likevel er det å gå langt om den subjektive meininga skal vere avgjerande, sjølv i dei enklaste personlege kontraktar. Meininga må truleg vere å legge eit subjektivt element til den rimelegstandard som eg skisserte over. For å vurdere kva som er tilfredsstillande finansiering, må subjektive høve på parten si side analyserast for å kunne slå fast kva som er objektivt god nok finansiering. Ein kan ikkje objektivt slå fast om eit tilbod om finansiering er tilfredsstillande eller ikkje. I dømet med verftet og reiaren, kan likviditet, kor stor gjeld partane har og kva andre plikter dei to partane har, vere ulikt. I vurderinga av om finansieringa er tilfredsstillande må ein difor ta med både dei nemnde, og fleire subjektive variablar. Men det kan ikkje vere reiaren si heilt subjektive meining som er avgjerande, men ei objektiv vurdering av dei subjektive variablane. Er ikkje finansieringa akseptabel etter denne vurderinga, kan ein neppe kalle det illojalt å nekte å ta imot den.

Som oppfylgjing av synspunkta i RG 1986 s. 993 F har vi RG 1992 s. 1311 A. Den har mykje likt faktum som i den forrige dommen. Her vart eit eigedomskjøp gjort på vilkår av at kjøparen skulle få finansiert salet, mellom anna ved å selje sin eigen bustad fyrst. Bustaden vart lagt inn bod på, men ikkje så høgt at den vart selt. Kjøparen tok så bustaden av marknaden, og trekte seg seinare frå avtala om det nye huset. Retten la til

⁴² På s. 996.

⁴³ På s. 996-997.

grunn at kjøparen kunne ha selt den gamle bustaden sin, sjølv om han fekk mindre pengar enn han ynskte. Hadde det salet gått i orden ville han ved hjelp av eit lån i ein bank kunne finansiert huskjøpet. Lagmannsretten rekna det som tilfredsstillande finansiering at han hadde høve til å få inn pengane.

Ei stadfesting og presisering av synet i dei to sistnemnde dommane kom i RG 2001 s. 1566 H. Det interessante med denne dommen er at retten eksplisitt tolka eit generelt finansieringsatterhald. Retten uttalte at ein kan gå frå avtala om ein ikkje får finansiert, i det tilfellet kjøpet, "... på en forsvarlig måte. Det må dog kreves at byderen gjør lojale anstrengelser for å søke finansieringen ordnet, og han kan ikke forlange at finansieringen skal være spesielt gunstig for ham. Det bør holde at den er innenfor rammen av hva som er allminnelig godt og økonomisk forsvarlig". Denne uttalen stadfestar langt på veg det eg påpeika i tilknytning til RG 1986 s. 993 F om at subjektiv synsing ikkje kan leggst til grunn. Uttalen stadfestar òg det eg utleia av RG 1992 s. 1311 A om at der ein kan få finansiering, bør ein godta den så langt der ikkje er heilt særskilde vilkår.

Regelen må verte slik: Dersom ein etter ei konkret vurdering av låntakar sine subjektive føresetnader, slik som likviditet og gjeldssituasjon, samanliknar med tilbodet frå banken, og finn at finansieringstilbodet kan reknast som allment og økonomisk forsvarleg, har ein med eit rimeleg finansieringstilbod å gjere. Nektar ein å godta eit rimeleg finansieringstilbod, opptre ein illojalt.

Ei anna side av den subjektive vurderinga kan vere der reiaren vår har gjort synbare sine forventningar om å få finansiering overfor medkontrahenten, då atterhaldet vart teke. I den tidlegare nemnde dommen frå Rt. 1987 s. 1205 er det ikkje gjeve rettsleg vekt at parten hadde gjeve eit noko optimistisk syn på korleis finansieringa skulle skaffast. Spørsmålet var der noko anleis då det der var tale om ugyldigheit etter avtl. §33, og ein må nok justere standpunktet noko i vårt tilfelle. Lojalitetsstandarden er som nemnt styrt av kva forventningar partane har til kvarandre. Ei sterk forventning om at finansiering skal gå i orden, aukar samtidig forventninga om rett oppfylling av pliktene. Der reiaren gjev inntrykk av at det er gode sjansar for å få finansiering, kan ein kanskje stille opp ei strengare norm for når det er lojalt å avslå eit tilbod om finansiering. Det fører med seg

at eit avslag på eit mindre godt tilbod om finansiering kan vere illojalt dersom medkontrahenten har sterke forventningar, medan eit tilsvarande tilbod kan vere lojalt å avslå dersom det er skapt lågare forventningar til at finansieringa vil gå i orden. Det er ikkje grunn til å overdrive innverknaden av dette argumentet, men som eit moment i heilskapsvurderinga kan det spele ei rolle.

2.7. Om verknaden av at den eine parten har byrja oppfyllinga av kontrakten før vilkåra i finansieringsatterhaldet er oppfylt

No står vi overfor ein situasjon der eit finansieringsatterhald er teke. Vi kan halde fast ved dømet med reiaren og skipsverftet. Spørsmålet er kva verknad det vil ha at verftet startar med prosjektering og bygging, før reiaren har fått finansiert skipet han har kontrahert. Ein må føresetje at ikkje reiaren i dømet vårt har gjeve inntrykk av at finansieringa er på plass, og at det ikkje ligg føre noko som kan gi grunn til vurdering av til dømes brestande føresetnader og avtl. §36.

Svaret på dette spørsmålet kan langt på veg finnast i det eg har skrive tidlegare i oppgåva. I kapittel 2.2 står det skrive om finansieringsatterhaldet sin innverknad på ei kontrakt si gjennomføring. Eg viser til det som går fram der. Så lenge atterhaldet suspenderer avtala si bindande verknad, kan reiaren ikkje ha noko ansvar overfor verftet der verftet på eige initiativ set i gong med arbeidet. Verftet er i dette tilfelle fullt klar over risikoen som ligg i å starte arbeidet før stadfesting på finansiering kjem frå reiaren. Der reiaren ikkje greier å få tilfredsstillande finansiering, vil verftet risikere å sitje att med eit tap, anten i form av tapte pengar på prosjektering og planlegging, eller med eit oppstarta byggeprosjekt utan kjøpar. Denne situasjonen er vanskeleg for verftet, men som ein profesjonell aktør bør det kunne vurdere risikoen med ein slik oppstart sjølv.

Som illustrasjon og støtte for dette synet kan ein nemne Rt. 1970 s. 637. Her var tilfellet at Bergen Boat Sightseeing A/S tinga med Øygarden kommune om å leige ut ein skyssbåt til skuleskyss. Der var eit atterhald om at avtala måtte inngåast mellom Bergen Boat og det rutelaget som hadde konsesjon på rutedrift i området. Tingingane mellom rutelaget og Bergen Boat drog ut, medan kommuna i mellomtida trudde at avtala vart teke hand om. Kommuna gav i utgangspunktet Bergen Boat inntrykk av at det var ei avtale på tre år som var planen. Om tingingane med rutelaget vart det hevda at rutelaget

ikkje ville binde seg ut over eitt år med Bergen Boat. Det var usemje om denne avgrensinga vart fremja før eller etter at Bergen Boat starta med skuleskyss. Etter eitt år kravde Bergen Boat erstatning for to år til med leige av båt. Høgsterett kom til at Bergen Boat var nærmast til å få avklara kor lang kontraktstida var, sidan det var så viktig for dei. Dette gjaldt uavhengig av når rutelaget gav uttrykk for berre eitt års binding. Det låg ikkje føre noko kontrakt som sa at Bergen Boat hadde rett til tre år med skuleskyss. Når Bergen Boat berre tok til med skuleskyss og heldt fram med dette, måtte dei ta ansvaret og risikoen, og kunne dermed ikkje få erstatning.

Det å starte oppfyllinga av ei kontrakt, før vilkåra som set kontrakten endeleg i verk ligg føre, er risikabelt. Ein part kan naturlegvis tene på tidleg oppstart der råvareprisar endrar seg, og ein kan få levert i god tid. Gambling kan løne seg også her. Likevel er fallhøgda stor. Vert ikkje kontrakten gjort bindande, sit parten att med tapet utan beinvegs utsikt til å få betaling.

3. Erstatning for at ein part trer ut av kontrakten etter å ha gjort finansieringsatterhaldet gjeldande.

3.1. Innleiing

Det problemet vi no skal sjå på, er rettsfylgjene av at ein part trekkjer seg frå kontrakten. Oppgåva tek ikkje sikte på meir enn å kommentere hovudpunktene i dette temaet. I dømet med reiaren og verftet ser situasjonen slik ut. Reiaren har teke eit finansieringsatterhald. Etter ei tid gjev reiaren melding til verftet om at han trekkjer seg frå kontrakten og grunngjev det med at han har teke finansieringsatterhald. Ein kan dele dei fylgjande situasjonane inn i to. Den eine situasjonen er der reiaren ikkje har fått finansiering etter å ha oppfylt den lojalitetsplikta som fylgjer av atterhaldet. Den andre situasjonen er der reiaren ikkje har handla lojalt. Begge situasjonane vert drøfta i dei neste avsnitta.

Av rettsverknader er det i fremste rekkje erstatning som er aktuelt å krevje der reiaren trekkjer seg. Eit spørsmål i den samanheng er om reiaren har handla slik at han pådreg

seg erstatningsansvar overfor verftet. Dei allmenne vilkåra for erstatning, kravet om økonomisk tap, ansvarsgrunnlag, årsakssamanheng og adekvans, gjeld òg for kontraktsretten.⁴⁴ Eit heilt anna spørsmål er derimot kva verftet kan krevje dekt, altså utmålingsspørsmålet. Hovudregelen er full tapsdekning.⁴⁵ I denne samanheng er det sondra mellom såkalla positiv og negativ kontraktsinteresse. Terminologien har vorte angripen som lite teneleg av *Krokeide*, men Høgsterett brukar sjølv terminologien etter dette angrepet, så eg vel å bruke uttrykka som dei står.⁴⁶

Kort sagt er den positive kontraktsinteressa, eller oppfyltingsinteressa som den òg vert kalla, eit uttrykk for at parten skal stillast økonomisk som om avtala vart oppfylt slik den vart inngått.⁴⁷ Den negative kontraktsinteressa inneber at parten får erstatning for det tapet han har lidd ved å stole på at kontrakten vert oppfylt.⁴⁸ Sagt på ein annan måte skal parten stillast økonomisk på same måte som han var før motparten byrja sine illojale handlingar. Normalt kan ein ikkje få erstatta både positiv og negativ kontraktsinteresse ettersom den positive kontraktsinteressa er knytt til gyldige mishaldne avtaler, medan den negative kontraktsinteressa er knytt til ugyldige avtaler.⁴⁹ Krav på positiv eller negativ kontraktsinteresse, vert gjerne handsama i tilknytning til kravet om årsakssamanheng.⁵⁰ Dette kjem av at den positive og negative kontraktsinteressa viser til ulike tapsdekningsmåtar, avhengig av kva ein kan setje i årsakssamanheng med kontraktsbrotet.

3.2. Der finansiering ikkje kan skaffast etter ærlege og lojale forsøk

Situasjonen er no at reiaren har gått til bankane og gjort det han kan for å få finansiert bygginga av skipet ved verftet. Han har oppfylt dei pliktene ein part som tek

⁴⁴ Hagstrøm s. 519.

⁴⁵ Hagstrøm s. 519.

⁴⁶ Høgsterett brukar terminologien i Rt. 1985 s. 1066, medan Krokeide sitt angrep var tilbake i 1979.

⁴⁷ Jf. Krokeide på s. 133.

⁴⁸ Jf. Krokeide på s. 133.

⁴⁹ Jf. Hagstrøm s. 521.

⁵⁰ Jf. Hagstrøm II s. 271.

finansieringsatterhald har. Reiaren har ikkje fått finansiering, og han har gjeve verftet melding om at finansieringa ikkje let seg ordne. Spørsmålet er om verftet har krav på erstatning.

Ein må her føresetje at verftet har hatt eit økonomisk tap av eit slag. Kontrakten har ikkje vorte gjennomført, og ein del ressursar har vore brukt til tingingar og planlegging av den inngåtte kontrakten. Ein kunne på den eine sida seie at det ville vere rimeleg om verftet kunne få erstatta dei ressursane som var brukt. På den andre sida har finansieringsatterhaldet lagt til grunn heile vegen, og verftet har gått med på det med opne auge. Det talar for at verftet må ta den risikoen som fylgjer med. Eit anna moment som talar mot erstatning, er føresetnaden om at reiaren har gjort alt som står i hans makt for å få finansiert skipet. Han har vore lojal overfor verftet i denne prosessen, og ein kan neppe utleie eit ansvarsgrunnlag av handlingane hans så lenge han har gjort verftet merksam på at finansieringa er usikker. Spørsmålet er då korleis erstatningsspørsmålet er løyst i rettspraksis.

I den tidlegare presenterte dommen frå Rt. 1985 s. 1066 konkluderte Høgsterett med at når kommuna kunne seie seg ubunden av byggjekontrakten fordi finansiering ikkje kunne skaffast, hadde ikkje entreprenøren rett til erstatning av den positive kontraktsinteressa. Erstatning av den negative kontraktsinteressa vart òg avvist. Høgsterett slutta seg til lagmannsretten si grunngjeving. Då ein kunne erklære seg ubunden av ei kontrakt, var der heller ikkje noko kontrakt å bygge eit erstatningskrav på. Når det heller ikkje var gjeve inntrykk av at finansieringsatterhaldet ikkje var reelt, eller at finansiering ville late seg ordne enkelt, kunne ikkje den som tok atterhald klandrast.

I den tidlegare omtala dommen publisert i Rt. 1970 s. 637, med spørsmål om Bergen Boat sin skuleskyss for Øygarden kommune, er omtrent det same prinsippet presentert, men ikkje i relasjon til finansieringsatterhald. Ein kan ikkje bygge noko erstatningskrav på ei avtale som ikkje eksisterer. Så lenge ikkje ein part er villeia inn i tingingar, kan heller ikkje den negative kontraktsinteressa krevjast erstatta.

Rettspraksis samsvarar langt på veg med resultatet i mitt eige resonnement i avsnittet før, likevel slik at dommane ikkje har ei lik grunngjeving. Grunngjevinga i dommane

ser ut til å samsvare med meir allmenne tankar om der er ei avtalebinding eller ikkje. Ein kan på same måte som i kap. 2.2, utleie frå utgangspunktet at der ein ikkje oppfyller vilkåra i atterhaldet, er der ikkje noko kontrakt. Der det ikkje er noko kontrakt, har ein inga plikt overfor den andre parten. Utan noko plikt overfor medkontrahenten, kan ein ikkje få erstatningskrav mot seg. På bakgrunn av denne gjennomgangen må ein slå fast at ein part som har teke eit finansieringsatterhald, som er lojal i prosessen med å skaffe finansiering og elles opptrer heiderleg, ikkje vert erstatningsansvarleg overfor medkontrahenten der finansiering ikkje kjem på plass.

3.3. Der finansiering ikkje kan skaffast, og parten ikkje har vore lojal og gjort sitt beste for å få finansiering

Situasjonen er no at reiaren trekkjer seg frå kontrakten med verftet, og viser til finansieringsatterhaldet. Grunnen til at finansiering manglar, er at reiaren ikkje har oppfylt pliktene knytt til finansieringsatterhaldet. Det typiske er å ikkje gjere nok for å få lån, eller å nekte å godta eit tilbod om finansiering. Det ein må ta stilling til er om verftet har krav på erstatning der reiaren trekkjer seg frå kontrakten med denne bakgrunnen. Spørsmålet vert om reiaren har handla slik at han får erstatningsansvar overfor verftet.

For å starte med dommane frå forrige kapittel, så står ein her overfor situasjonar der medkontrahenten kan vere villeia inn i tingingar fordi reiaren i vårt dømme ikkje gjer det som skal til for å skaffe finansiering. Slik eg les dommane kan dette nærmast åleine gi rett på erstatning. I teorien er det sagt at dersom ein måte å handle på vert stempla som "...illojal, uttrykkes samtidig at skadevolder burde ha handlet annerledes...".⁵¹ Det inneber eit samanfall med den alminelege culpanorma i norsk erstatningsrett, og skulle utløyse erstatningsansvar direkte. Dette resonnementet kan eg langt på veg vere samd i, men det vil vere betre for rettstryggleiken å legge ei meir detaljert og konkret vurdering til grunn i dei sakene det verkeleg er tvilsamt om det ligg føre erstatningsansvar.

Skal ein halde fram med resonnementet knytt til dei allmenne vilkåra for erstatning vil den manglande samarbeidsviljen og lojaliteten frå reiaren kunne vere av ein slik art at ein kan pålegge eit culpa-ansvar. Særskilt kan det at handlingane er klart klanderverdig

⁵¹ Jf. Simonsen s. 164

vere ein avgjerande faktor. Dette uttrykte i allefall Høgsterett i dommen publisert i Rt. 2001 s. 1062. Dommen handla om anbod, og er ikkje direkte overførbar i vårt tilfelle, men spørsmåla om erstatning var meir generelt formulerte og kan gjerast gjeldande også her. Ein kan nok ikkje legge til grunn at det uansett ligg føre eit ansvar, men ein må vurdere dette i det konkrete tilfelle. Særskilt gjeld dette fordi atterhalda kan vere utforma på så mange måtar, og at dei konkrete pliktene ein kan utleie frå atterhalda ikkje har skarpe grenser.

Spørsmålet er så om det er adekvat årsakssamanheng mellom den skadevaldande handlinga til reiaren og tapet til verftet. Det kan ikkje utelukkast at vilkåret kan vere oppfylt. Dette vert igjen ei konkret avveging, men det eg vil påpeike generelt er at her er det nok eit stykke på veg avgjerande kva plikter ein ikkje har halde. Med generelle atterhald er den konkrete terskelen for når ei plikt er oppfylt vanskeleg å slå fast. Ein part kan meine at han har gjort nok i eit tilfelle, medan retten ikkje er samd. Så lenge parten er avhengig av eksterne kreditorar for å få finansiering, og årsaksrekka av den grunn har mange ledd, bør ein kanskje kunne ha ein høgare terskel for kva ein reknar som adekvat årsakssamanheng. Den sistnemnde dommen i Rt. 2001 s. 1062 talar òg for at i saker der det er vanskeleg å vise årsakssamanheng, er kravet til prov heva.⁵² På den andre sida så er det opp til parten å prøve hardt nok, og profesjonelle partar bør nok generelt kunne påleggast å ta støyten der dei ikkje er lojale nok. Ein bør på bakgrunn av dette, og etter ei konkret vurdering, kunne pålegge erstatningsplikt der parten ikkje er lojal nok i sitt søk etter finansiering.

3.4. Om kva som kan erstattast

Spørsmålet er kva ein kan få erstatta. Her er alternativa, som nemnt, anten den positive eller negative kontraktsinteressa. Frå rettspraksis har vi den omtala valdgiftsdommen i ND 1990 s. 340. Ein reiar hadde gjeve avkall på finansieringsatterhaldet han fyrst hadde teke. Reiaren avslo seinare eit tilbod om finansiering som valdgiftsretten meinte var tilfredsstillande. Valdgiftsretten rekna det som eit klart kontraktsbrot frå reiaren si side å nekte å ta imot finansiering, for så å trekkje seg frå avtala. Verkstaden kunne ikkje klandrast for medverknad til tapet, og hadde all grunn til å tru at kontrakten var gyldig.

⁵² På side 1079.

Valdgiftsretten var tydeleg på at verkstaden skulle ha erstatta den positive kontraktsinteressa.

No kan dette neppe vere uttrykk for ein generell regel for illojal etterleving av finansieringsatterhald. Dommen bygger på at finansieringsatterhaldet var gjeve avkall på, og at verkstaden hadde all grunn til å tru at dei hadde ei gyldig kontrakt. I situasjonar der finansieringsatterhaldet derimot er gjeldande endå, kan dette tilseie at den positive kontraktsinteressa skal erstattast berre der parten har gjeve medkontrahenten rimeleg grunn til å tru at finansiering er på plass, eller at han er sikker på å få finansiering.

Ein erstatningsvariant har vi i Rt. 1980 s. 610, der Ålesund kommune skulle bygge ei bustadblokk. Det vart slutta avtale med ein entreprenør om prosjektering og planlegging på bakgrunn av ein idé frå ei arkitektkonkurranse. Der var eit atterhald om at bustadblokka måtte kome innunder ei kostnadsramme som Husbanken kunne godkjenne. Kontrakten inneheldt reglar om kompensasjon dersom prosjektet vart skrinlagt, men det er ikkje så relevant for denne illustrasjonen. Husbanken avslo søknaden om finansiering, og kommuna stoppa prosjektet. Entreprenøren gjekk til sak og kravde erstatning for oppsamla kostnader til prosjektering og planlegging. Høgsterett uttrykte at sjølv om begge partane trudde at Husbanken ville finansiere bygget, så var grunnen til avslaget eit høve som kommuna hadde risikoen for. Kontrakten hadde detaljert regulering av ansvars- og risikodeling. Kommuna måtte difor betale entreprenøren det han kravde.

Ein kan kanskje seie at dette òg er dekning av den positive kontraktsinteressa sidan det er del av den totale oppfyllinga. Likevel kan det minne om det som vert kalla "...oppfyllelsesutgifter..." som er knytt til den negative kontraktsinteressa.⁵³ Plasseringa av denne dommen er ikkje heilt enkel sidan det var ei såpass detaljregulert kontrakt. Eg oppfattar utgifter til prosjektering og planlegging som innleiande utgifter før hovudplikta skal utførast.

Med uvissa som ligg i at eit gyldig finansieringsatterhald er teke, er det truleg at dei påløpte utgiftene er på eit slags minimum, og i hovudsak ikkje vere knytte til sjølve

⁵³ Sjø Hagstrøm II s. 272.

hovudplikta i avtala. Det mest nærliggjande vil då vere å gje erstatning for den negative kontraktsinteressa. På den andre sida kan ein seie at der det er overvegande sannsyn for at ein får finansiering, og det berre er parten si illojale handling som står i vegen for finansiering, bør ein pålegge erstatningsplikt etter den positive kontraktsinteressa.⁵⁴ I mange tilfelle vil den negative kontraktsinteressa òg vere så lita at det ikkje er teneleg å gå til sak for å få denne erstatta. Dersom ein ser på PECL art. 16:102 (1) i denne samanheng, seier den at “If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to duties of good faith and fair dealing or co-operation, and if fulfilment would have operated to that party's disadvantage, the condition is deemed to be fulfilled”. Den oppfyltingsverknaden prinsippet gjev uttrykk for, tilseier dekning av den positive kontraktsinteressa. Vurderinga kan nok gje ulike svar frå sak til sak. Spørsmålet om grad av tryggleik for at finansiering ville kome i orden eller ikkje vil nok kunne spele inn. Då vil det i så fall vere meir nærliggande med den positive kontraktsinteresse der ein er trygg på at parten får finansiering enn der finansieringssituasjonen er meir uviss. Eit slikt resonnement kan gje tankar om at det ikkje er eit anten–eller mellom positiv og negativ kontraktsinteresse, men heller eit spørsmål om kva tersklar ein kan setje for at vilkåra for dei ulike dekningsmåtane er oppfylt. Der den positive kontraktsinteressa er meir byrdefull og dermed har strengare vilkår, vil det då verte slik at den negative kontraktsinteressa kan erstattast der vilkåra for den positive kontraktsinteressa ikkje er oppfylt. Ein kan difor ikkje utelukke korkje at den negative eller den positive kontraktsinteressa kan erstattast i tilfelle med illojale handlingar, og der ein part er komen langt med oppfyllinga av avtala.

Eit anna moment som kan spele inn i vurderinga er der partsinteressene er annleis. I ein situasjon der ein part ikkje får finansiering kan medkontrahenten ha kome til det at han har interesse av å kome seg fri frå avtala. Dette kan til dømes skuldast at kontrakten var dårleg for han, eller at han ikkje har kapasitet til å handtere avtala. Ein kan då stille spørsmålet om det er rett at denne medkontrahenten skal få full erstatning. Han vil då få dobbel uttelling av situasjonen. Manglande kapasitet kan indikere at ei gjennomføring av avtala kan gje mindre lønsemd på einskilde prosjekt. Ein kan dermed kanskje seie at medkontrahenten får eit mindre tap enn om ikkje den aktuelle avtala vart stansa. Det

⁵⁴ Hagstrøm s. 524-525 verkar å ta dette standpunktet, og viser til ein upublisert valgiftsdom med seg sjølv som valgiftsdommar.

kan og spele inn om denne medkontrahenten har vist at han har interesse av å kome fri før finansiering vert nekta. Gjer han det, kan ein kanskje sjå det som ei avtale om å avslutte kontrakten. Det som er sikkert er at ei interesse i å kome fri frå kontrakten i mindre grad legitimerer erstatning for manglande finansiering enn der det kun er motparten som har misheldt sine plikter. Svaret på spørsmålet må kome av ei vurdering i det konkrete tilfelle.

4. Overføringsverdien frå finansieringsatterhald til andre typar atterhald

Finansieringsatterhald er, som poengtert innleiingsvis, berre eitt av mange ulike atterhald som kan fremjast. Atterhald om styregodkjenning, endringar i råvareprisar og tariffar, føresetnader om skriftlegheit, og regulering av vederlaget i langvarige leighøve er berre nokre få av dei atterhald ein kan vere kreativ å finne på. Kor vidt ein tek atterhaldet inn i den endelege kontrakten, eller om ein knyter atterhaldet berre til stadiet før kontraktsinngåing kan og variere. Spørsmålet er om dei reglane og krava eg har presentert i denne oppgåva kan ha overføringsverdi til andre typar atterhald.

Styreatterhaldet er eit atterhald, som til liks med finansieringsatterhald, typisk vert teke under tingingane, men som gjerne vert teke inn i kontrakten og. Det har den funksjonen at kontrakten ikkje vert bindande før eit selskap sitt styre godtek avtala. Den suspenderande funksjonen ligg dermed tett opp til slik den er ved finansieringsatterhalda. Begge atterhalda har til felles at dei som tingar er avhengig av eksterne vurderingar og godkjenningar. Dette talar for stor overføringsverdi. Kanskje er det helst poenga om aktivitetsplikt, informasjonsplikt og rask avklåring som er mest relevante. Retningslinene om fristar og avkall på atterhaldet har nok òg sin verdi inn mot styreatterhald. Andre punkt, som plikt til å akseptere tilbod om finansiering, er derimot ikkje relevante i det heile. For ulikskapen si skuld er det viktig å hugse at finansieringsatterhalda gjer avtala avhengig av ein ekstern finansieringsinstitusjon, medan styreatterhaldet er eit selskapsinternt høve. Det er styret som har rett til å binde selskapet om ikkje representantar handlar etter fullmakt.⁵⁵ Lojaliteten til ein

⁵⁵ Jf. Aksjelova §§ 6-30 og 6-31.

selskapsrepresentant utan fullmakt frå styret til anna enn tinging, kan dermed spele mindre rolle for styreatterhalda enn for finansieringsatterhalda.

Atterhald om råvareprisar, tariffar, og langvarige leigehøve står i ei noko anna stilling enn til dømes styreatterhalda. Medan styreatterhalda kan gjere at eit styre vel å ikkje gå inn i avtala, er nok desse andre atterhalda meir vanlege å formulere som ein framgangsmåte til å regulere pris undervegs. Sjølv sagt er det ikkje noko i vegen for å avtale at ein part kan trekkje seg til dømes dersom stålprisane viser seg å kome over eit visst nivå. Ei slik regulering vil likevel neppe vere rasjonell. For det fyrste ville det skape liten tryggleik mellom partane, og for det andre ville det i eit konkret høve vere meningslaust å stanse til dømes bygginga av eit skip fordi stålet vert dyrare. Ein ville då få komplikasjonar med reglane om mishald, og eigarskap til dei delar av skipet som var ferdig. Karakteren av desse atterhalda er difor ganske annleis enn finansieringsatterhalda. Det talar mot at der finst ein overføringsverdi. På den andre sida skal ein ikkje utleukke at nokre poeng kan overførast. Informasjonsplikta kan omformast til å handle om endringar i råvareprisar. Aktivitetsplikta kan dreie seg om å få tak i det billigaste stålet. Generelle synspunkt om avkall på atterhald, kan gjerast gjeldande for atterhald på eit generelt plan. Ein må likevel vere kritisk. Dei færraste atterhald innan ein kategori kan forståast likt. Plikter og rettar må difor alltid avgjerast etter ei konkret vurdering av atterhaldet.

5. Litteraturliste

- | | |
|--------------------|--|
| <i>Giertsen</i> | Giertsen, Johan: Avtaler, Bergen 2006 |
| <i>Hagstrøm</i> | Hagstrøm Viggo: Obligasjonsrett, Oslo 2003 |
| <i>Hagstrøm II</i> | Hagstrøm, Viggo: Kjøpsrett, Oslo 2005 |
| <i>Høgberg</i> | Høgberg, Alf Petter: Kontraktstolkning, Oslo 2006 |
| <i>Knoph</i> | Knophs oversikt over Norges rett 12. utg. utgitt av Kåre Lilleholt 2004 |
| <i>Krokeide</i> | Krokeide, Kjetil: Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter, Tidsskrift for rettsvitenskap 1979 s. 132 |
| <i>Krüger</i> | Krüger, Kai: Norsk kontraktsrett, Bergen 1989 |
| <i>Nygaard</i> | Nygaard, Nils: Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgåve, 2004 |
| <i>Ryssdal</i> | Ryssdal, Anders Chr. Stray: Den som tier samtykker?, Tidsskrift for forretningsjuss Årg. 4, nr. 4 1998 s.127 |
| <i>Simonsen</i> | Simonsen, Lasse: Prekontraktuelt ansvar, Oslo 1997 |